

Universidad de Huánuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

Y CIENCIAS POLÍTICAS



Trabajo de Suficiencia Profesional

LA PRISIÓN PREVENTIVA: ¿MEDIDA CAUTELAR
O PENA ANTICIPADA? A PROPÓSITO DEL
EXPEDIENTE 00502-2018-HC/TC

Para Optar el Título Profesional de :
ABOGADO

BACHILLER

NAVARRO ROSSELL, Zoila Isabel

ASESOR

Dr. PONCE E INGUNZA, Félix

Huánuco – Perú
2018



RESOLUCIÓN N° 503-2018-DFD-UDH
Huánuco, 29 de agosto de 2018

Visto, la solicitud con Registro N° 263-18-FD formulado por **Zoila Isabel NAVARRO ROSSEL** solicita la Resolución de Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de ABOGADA por dicha modalidad.

CONSIDERANDO:

Que, respecto a las modalidades que ofrece para optar el Título Profesional en la Universidad de Huánuco y estando a lo dispuesto en el Art. 14° del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH (Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 MAY 2016); y habiendo concluido en Plan de Estudios, la petición es atendible favorablemente; en vías de regularización reconociendo la designación a los tres (03) miembros del jurado examinador.

Que, como es de verse en autos, la recurrente cumple con todos los requisitos preestablecidos;

Que, en consecuencia fijase fecha, hora y lugar del desarrollo de la sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional solicitado por la Bachiller **Zoila Isabel NAVARRO ROSSEL**;

Estando a las atribuciones conferidas al Decano en el Art. 68° de la Ley Universitaria N° 30220, Art. 47°c) del Estatuto Universitario y Resolución N° 571-2013-R-UDH del 25 JUL 2013.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DESIGNAR como integrantes del jurado examinador de la Bachiller **Zoila Isabel NAVARRO ROSSEL** a los docentes siguientes:

Mg. Pedro A. Martínez Franco	: Presidente
Abg. Hugo Peralta Baca	: Secretario
Mg. Mariela Garay Mercado	: Vocal

Artículo Segundo.- Señálese fecha de sustentación del día 03 de setiembre de 2018 a horas 10.30 am en el Auditorio de la UDH.

Regístrese, comuníquese y archívese



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Mg. FERNANDO CORCINO BARRUETA
DECANO

DISTRIBUCION: Vicerrector, Fac. Derecho, Programa de Derecho, Consejo de Facultad, Archivo



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

ACTA DEL TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Huánuco, siendo las 10:30 am horas del día 11 del mes de Septiembre, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron: El Secretario Académico de la Facultad: Derecho y Ciencias Políticas y el Jurado Calificador nombrados mediante Resolución N° 503-2018-DFC-UDH integrado por los docentes:

Mg. Pedro Martínez Franco presidente
Mg. Hugo Peralta Baca Secretario
Mg. Mariella Goray Mercado Vocal, para
calificar el **Trabajo de Suficiencia Profesional** solicitado por la Bachiller
Zorila Isabel Navarro Rosel para optar el Título Profesional de
Abogado

Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: exposición y absolución de preguntas, procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del Jurado.

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del Jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a) aprobado por unanimidad con el calificativo cuantitativo de regular y cualitativo de 12 (doce).

Siendo las 11:30 am horas del día 11 del mes Septiembre del año 2018, los miembros del Jurado Calificador firman la presente Acta en señal de conformidad.


.....
Secretario


.....
Presidente


.....
Vocal

ÍNDICE

ÍNDICE	4
RESUMEN	6
CAPÍTULO I	10
ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA.....	10
1.1.- RAZÓN SOCIAL	10
1.2.- RUBRO.....	10
1.3.- UBICACIÓN.....	10
1.4.- RESEÑA	10
CAPÍTULO II	12
ASPECTOS DEL AREA O SECCIÓN	12
2.1.- EL ÁREA CIVIL:	12
2.3.- EL ÁREA TRIBUTARIA:	12
2.3.- EL ÁREA CONTRACTUAL:.....	13
CAPÍTULO III	14
IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	14
3.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
3.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
3.2.1.- PROBLEMA GENERAL.....	15
3.2.2.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	15
3.3.- OBJETIVOS.....	16
3.3.1.- OBJETIVO GENERAL	16
3.3.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS	16
CAPÍTULO IV	17
APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA.....	17
4.1.- BASE TEÓRICA.....	17
4.1.1.- ASPECTOS GENERALES: LA PRISIÓN PREVENTIVA	17
4.1.2.- MARCO NORMATIVO	40
4.1.3.- BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN ELEXPEDIENTE	47
00502-2018-HC/TC.....	47
4.1.4.- METODOLOGÍA	48
4.1.5.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN	49

CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA.....	63
ANEXOS.....	65

RESUMEN

El presente informe de Trabajo de Suficiencia está dividido en dos partes. La primera explica los objetivos, actividades, tareas, resultados, y demás asuntos que realicé durante el tiempo de práctica profesional en el estudio jurídico. La segunda parte estudia un tema seleccionado personalmente por ser un tema de interés general.

La práctica profesional la realicé en el bufete BARBA NORIEGA Y ASOCIADOS, empresa que presta sus servicios profesionales en la rama del derecho, tanto a aquellas personas naturales y también a personas jurídicas brindándoles asesoría legal o representándolas ante instituciones gubernamentales y órganos jurisdiccionales. Al realizar las prácticas profesionales en un estudio jurídico de prestigio, con profesionales con un alto grado de experiencia y conocimiento en las diversas ramas del derecho, así también cuenta con una ética profesional intachable, gracias a esto el futuro abogado aprende no solo en conocimiento sino también en lo moral.

Respecto al tema seleccionado y desarrollado, está referida a examinar la medida de prisión preventiva, trataremos de responder las siguientes preguntas:

- ¿Es la prisión preventiva una medida cautelar o un castigo previo antes de la aplicación de la pena?
- ¿Se está usando la prisión preventiva como una medida excepcional?
- ¿En qué medidas influyen factores extralegales en la decisión de jueces y fiscales respecto a la medida de prisión preventiva?

- ¿Cuáles son los argumentos válidos para determinar la existencia del peligro procesal y cómo se sustenta el arraigo?

El tema llama la atención en virtud de la resolución expedida por el Tribunal Constitucional que devuelve la libertad a la ex pareja presidencial, Ollanta Humala y esposa, para ello veremos y estudiaremos los requisitos que se deben cumplir para aplicar la prisión preventiva mientras se lleva a cabo el proceso penal , con esto se pretende hacer de conocimiento una visión actualizada con relación a esta institución, en vista de que cada vez es mayor la necesidad de ofrecer a la sociedad un servicio profesional de calidad.

INTRODUCCIÓN

Un tema muy controvertido que surgió es que el Tribunal Constitucional resolvió que se libere al ex presidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia. Por mayoría, el TC determinó que la ex pareja presidencial seguirá el proceso seguido en su contra por presunto lavado de activos bajo comparecencia restringida. Así, el Tribunal Constitucional declaró fundadas las demandas de hábeas corpus interpuestas por los abogados Luis Purizaca Furlong y Alberto Otárola Peñaranda. También declaró nulas dos resoluciones del Poder Judicial que determinaron dictar la prisión preventiva para la ex pareja presidencial.

Por ello mediante el presente estudio trataremos de analizar el uso que se está dando a esta medida de la prisión preventiva en nuestra realidad actual.

La aplicación de la prisión preventiva mientras se lleva a cabo el proceso penal ha sido objeto de diversos estudios y debates, tanto por la doctrina procesalista como constitucional, dado que mediante su dictado “se priva al imputado del derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado se presume su inocencia”.

La prisión preventiva en vista de su carácter de medida cautelar es una de las decisiones más importantes que el juez dicta mientras se lleva a cabo el proceso penal. Como se señala en doctrina, la detención comporta una agresión a la libertad del investigado. Por esta razón debe ser evaluada cuidadosamente, teniendo siempre bien definidos al conjunto de principios

que guían la aplicación de esta medida como son los siguientes: principio de necesidad, principio de proporcionalidad, principio de legalidad y principio de provisionalidad, también se tendrá en cuenta la concurrencia de los requisitos de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal. Aun cuando hay parte de la doctrina que cuestiona la constitucionalidad de la prisión preventiva, pues se dice que con esta se vulnera el principio de presunción de inocencia, resulta innegable que hoy, los sistemas penales aún no han podido prescindir de ella pues se estima que su necesidad estriba en asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, y también la ejecución de la pena o, como dice Roxin "... con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena". La prisión preventiva, como medida jurisdiccional, suele despertar críticas, en razón de que los seres humanos de todas las épocas – empezando por la antigüedad-, naturalmente han valorado en sumo grado su libertad y, por ella, han luchado y hasta perdido la vida tratando de preservarla, en tanto facultad o derecho que hace posible la autorrealización humana y el goce y ejercicio real de todos los demás derechos.

A pesar de ser la injerencia más grave en el ámbito de la libertad individual, la aplicación de la medida de prisión preventiva en algunos casos resulta útil y hasta imprescindible para lograr el fin exitoso del proceso penal. Pero para ello es necesario que su imposición se dé cuando se presenten los requisitos que la ley prevé, y que la legitiman en un Estado Constitucional de Derecho.

CAPÍTULO I

ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA

1.1.- RAZÓN SOCIAL

BARBA NORIEGA ABOGADOS SOCIEDAD ANONIMA CERRADA -
BANORAB S.A.C.

1.2.- RUBRO

Ofrece asesoría jurídica integral tanto a nivel empresarial y personal, brindando soluciones según el requerimiento de cada uno de los patrocinados, cumpliendo las expectativas y compromisos, con seriedad y objetividad.

1.3.- UBICACIÓN

Dirección Legal: Cal. las Tiendas Nro. 269 Int. D

Urbanización: Limatambo (Piso 3)

Distrito / Ciudad: Surquillo

Departamento: Lima, Perú

1.4.- RESEÑA

La firma de abogados BARBA NORIEGA Y ASOCIADOS fue fundada en el año 2010 por Jaime A. Barba Noriega con la finalidad de atender las necesidades de clientes exigentes, siempre teniendo un desarrollo constante y en aumento gracias a las soluciones efectivas y satisfactorias brindadas a nuestros patrocinados.

El estudio jurídico cuenta con un staff de abogados asociados, lo cual permite dar a los clientes un amplio conjunto de servicios y consejos legales de

calidad. El área administrativa apoya la labor tanto a los abogados directores como de los asociados en brindar a los clientes un eficaz servicio profesional.

La firma legal BARBA NORIEGA Y ASOCIADOS es multidisciplinaria, cuenta con solvencia profesional para responder en las distintas ramas del derecho, ya sea en el ámbito civil, penal, societario, corporativo, contractual, tributario, inmobiliario y en los procesos que se originan en cada una de éstas ramas. También busca cumplir las expectativas de clientes exigentes, manteniendo un desarrollo constante gracias a las soluciones efectivas y satisfactorias brindadas a los clientes.

El grupo de abogados BARBA NORIEGA Y ASOCIADOS está comprometida a representar a sus clientes con integridad y eficiencia, contando con abogados muy capacitados en las distintas ramas del ejercicio de la profesión, brindando así un servicio de primera al cliente. Se hace uso de la tecnología más moderna disponible, dentro y fuera de las oficinas, con el objeto de poder atender y comunicarse con los clientes de la forma más idónea.

CAPÍTULO II

ASPECTOS DEL AREA O SECCIÓN

2.1.- EL ÁREA CIVIL:

Se encarga de tratar temas civiles como: Familia (patria potestad, filiación, divorcios, alimentos); Reales (asesoramiento en compra o arrendamiento de inmuebles y/o muebles).

2.2.- EL ÁREA PENAL:

Asesorar legalmente en temas que involucren los ilícitos contenidos en el Código Penal. También brinda asesoría legal de prevención, servicios de defensa, patrocinio de denuncias penales, también el patrocinio en el campo procesal penal, incluyendo la aplicación del nuevo Código Procesal Penal y normas contra el crimen organizado.

2.3.- EL ÁREA TRIBUTARIA:

Brinda asesoría en cuanto a las diversas consultas tributarias, apoyando directamente al Gerente General de las empresas respecto de las interrogantes que pudieran tener respecto de si existe o no una obligación tributaria. También se realizan planeamientos tributarios a fin de ayudar a los clientes a realizar un pago eficiente de los tributos. Finalmente, brinda asesoría en todo tipo de procesos administrativos tales como verificaciones, fiscalizaciones, procedimientos de cobranza coactiva, interposición de medidas cautelares, llegando de ser necesaria hasta las más altas instancias como el Tribunal Fiscal.

2.4.- EL ÁREA CONTRACTUAL:

Brinda asesoría desde la negociación pre-contractual, elaborando contratos a la medida conforme lo que se requiere, protegiendo los intereses del cliente y siempre dentro del marco jurídico legal vigente. Brinda asesoría para la elaboración de contratos civiles, comerciales y laborales.

Además se realizaron actividades que se complementan con los objetivos de la práctica profesional. A continuación se detallan algunas de las actividades llevadas a cabo mientras se realizaba la práctica profesional, según los objetivos de la misma:

Ayudar al practicante a familiarizarse con las actividades que se llevan a cabo en un estudio jurídico

- Asistir a reuniones programadas para el personal y miembros del estudio jurídico
- Realizar los respectivos informes sobre el avance de los casos asignados

Formar al practicante para que obtenga experiencia en el trato con sus clientes, autoridades y colegas

- Absolver consultas laborales de jefes de recursos humanos de organismos internacionales
- Reuniones con clientes, para conocer sobre sus necesidades y evacuar preguntas o dudas que tengan

CAPÍTULO III

IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

3.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Uno de los temas más relevantes y estudiado, tanto por la doctrina procesalista como constitucional, viene a ser la aplicación y dictado del mandato de prisión preventiva mientras se realiza el proceso penal, pues mediante ella se priva al imputado de un derecho fundamental que sería el derecho a la libertad.

El dictado de la prisión preventiva no solo suscita problemas provenientes de su intrínseca gravosidad para el derecho a la libertad del imputado, sino que entran en colisión dos intereses que el Estado tiene la obligación de salvaguardar: un interés particular, que es proteger el derecho a la libertad y un interés público, que es la eficacia en la persecución de un delito; lo cual genera confianza en el Derecho y evita la impunidad, debiendo el operador jurídico sopesar y preferir el primero, por ser la libertad la regla y la prisión preventiva la excepción.

En estos últimos días está en boga la sentencia en la que por mayoría, el Tribunal Constitucional revocó la prisión preventiva que se les impuso a la expareja presidencial, Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia; el 13 de julio del 2017, que fue ratificado por la Sala Penal Nacional.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional establece que los argumentos esbozados en dichas resoluciones para dictar la medida de prisión preventiva son inconstitucionales.

En ese sentido, indica que “el espacio del debate sobre la justificación del dictado o no de una medida de prisión preventiva es de naturaleza cautelar y no punitivo, por ello, no se puede afirmar y dar por establecido ningún tipo de responsabilidad penal, pues con esto se podría estar violando el principio de presunción de inocencia.

Ahora analizaremos primero si en nuestra realidad la prisión preventiva está siendo usada como una medida cautelar o como un castigo previo a la aplicación de la pena o pena anticipada; en qué grado influyen en la decisión de los operadores jurídicos factores extralegales y cuáles son los argumentos para fundar la existencia del peligro procesal, específicamente el peligro de fuga, abordando uno de sus elementos más comunes y recurridos como es el arraigo, que en la práctica judicial y en el ejercicio de la defensa es muy utilizado tanto para motivar y fundamentar la procedencia o improcedencia de la prisión preventiva. Analizaremos el presente tema a la luz de lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala respecto a la aplicación de la prisión preventiva.

3.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

3.2.1.- PROBLEMA GENERAL

❖ En la realidad peruana la prisión preventiva es una medida cautelar o es una pena anticipada.

3.2.2.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS

❖ ¿Es la medida de prisión preventiva de uso excepcional en el Perú?

- ❖ ¿En qué grado influyen factores extralegales en la decisión de los jueces de imponer prisión preventiva?
- ❖ ¿Cuáles son los argumentos que sustentan la existencia de peligro procesal?

3.3.- OBJETIVOS

3.3.1.- OBJETIVO GENERAL

- ❖ Determinar si en el Perú la prisión preventiva es una medida cautelar o una pena anticipada.

3.3.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ❖ Determinar si la prisión preventiva está siendo usada de forma excepcional en el Perú.
- ❖ Determinar en qué grado factores extralegales influyen en la decisión de imponer la medida prisión preventiva.
- ❖ Determinar cuáles son los argumentos que se deben tener en cuenta para la existencia del peligro procesal.

CAPÍTULO IV

APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.1.- BASE TEÓRICA

4.1.1.- ASPECTOS GENERALES: LA PRISIÓN PREVENTIVA

4.1.1.1.- CONCEPTO

La prisión preventiva es la forma más grave en que el ordenamiento legal procesal penal puede restringir la libertad de los ciudadanos en pos de asegurar el proceso penal. Así el TC ha dicho que “siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de la restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente como última ratio, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia (Exp. N° 0731-2004-HC/TC)”¹. Por ello siempre es preferente dictar una medida de comparecencia o comparecencia con restricciones.

El Diccionario Jurídico de Abeledo Perrot, define a la medida de la prisión preventiva, como: medida que adopta la autoridad judicial, con lo que busca asegurar la presencia del imputado a lo largo del proceso. Para ser aplicada

¹ Exp. N° 0731-2004-HC/TC

se necesita la existencia pruebas ciertas que apunten a que es el imputado el que cometió el acto ilícito.²

La prisión preventiva no supone que sea una pena adelantada, pues se dicta la prisión preventiva no por razones de prevención general positiva o negativa, de prevención especial positiva o negativa o de retribución (que son los fines clásicos de la pena) sino por razones de peligro procesal. De aquí concluimos que si la prisión preventiva se basa en algún fin de la pena se está violando el derecho a la presunción de inocencia, entonces no se puede imponer la prisión preventiva porque el procesado quizá vaya a realizar otro delito (prevención).

Por tanto atendiendo a los principios que la rigen, la prisión preventiva debe ser instrumental y provisional , y hablando de la finalidad que persigue dicha medida, sólo debe buscar asegurar el desarrollo y el resultado del proceso penal, se alcanzados evitando los riesgos de huida o entorpecimiento de la actividad probatoria por parte del imputado.³

En ese sentido la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que tiene por meta asegurar el juicio en sus extremos característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pueda imponerse.

4.1.1.2.- NATURALEZA

² Abeledo Perrot, Diccionario Jurídico, Buenos Aires, 2008.

³ Del Río Labarte, Gonzalo. La Prisión Preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Requisitos, Características y Marco General aplicable. Revista Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Lima N° 159.Febrero 2007.

La prisión preventiva constituye una medida cautelar, personal y provisional, según las condiciones que se presenten; y, que si se solicita y acuerda, debe acontecer, solo cuando sea completamente indispensable.

Respecto a este tipo de privación de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en referencia a lo que se indica en el art. 8.2 de la Convención de Costa Rica, que aquella constituye una medida cautelar no punitiva.⁴

Tal naturaleza entonces aparece definiendo una función que el nuevo modelo procesal encarga al fiscal, la realización de la medida en sí misma constituye una decisión jurisdiccional, intervención fundamental que es una garantía de la objetividad de su imposición.

4.1.1.3.- FINALIDAD

La prisión preventiva, siendo una medida poco popular y siempre criticada, por sostenerse que se opone flagrantemente a la presunción de inocencia y que supone, también, un anticipo de pena, resulta una medida que goza de aceptación en todo el Derecho Comparado.

Precisamente, aquello que explica que se le mantenga en todas las legislaciones es el fin de preservar la efectiva aplicación de la ley, lo mismo que se concibe como una necesidad primordial en un Estado de Derecho; considerándose en lo razonable de que el ciudadano debe soportar la medida, que por grave, debe ser limitada, y debe compatibilizar con los fines constitucionales del proceso. En palabras de Roxin son tres los objetivos que

⁴ Caso Suárez Rosero; Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

se pretenden: 1) Se busca el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso penal, 2) garantizar una investigación de los hechos, siguiendo los requisitos establecidos, por los órganos de persecución. 3) asegurar la ejecución penal.

Todos los fines mencionados: presencia del imputado, garantizar el buen resultado de la investigación, impidiendo su obstaculización; y buscar asegurar la ejecución penal o los fines del proceso, resultan mayoritariamente aceptados por la doctrina. Según ha señalado el TC la finalidad última es asegurar el éxito del proceso penal.⁵

4.1.1.4.- PRINCIPIOS QUE DETERMINAN SU APLICABILIDAD

Los derechos fundamentales del imputado y el respeto irrestricto a estos están determinados constitucionalmente, pero no son absolutos. Teniendo esto presente las medidas coercitivas que sobre ellos recaigan tienen que darse en función de preceptos de observancia obligatoria, fijados normativamente acorde con lo que se establece en los Convenios o Pactos Internacionales, en nuestra Constitución y en el Nuevo Código Procesal Penal. A continuación damos una breve explicación de estos principios:

❖ Principio de Legalidad

Establece que las restricciones a la libertad personal deben estar debidamente parametradas, es decir, determinadas mediante ley, tanto en cuanto a plazo como a la forma. También se debe fijar el procedimiento mediante el que se adoptará una medida en esencia grave para el imputado.

⁵ STC Exp N° 1567-2002-PHC/TC (caso Rodríguez Medrano)

La base normativa se encuentra en el párrafo b del inciso 24, del artículo 2 de la Constitución que señala: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”.

También el párrafo f, inciso 24, art. 2 que dice: “Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrancia”.

❖ **Principio de Prueba Suficiente**

Se da debido a que hay suficientes elementos de convicción de la vinculación entre el hecho delictivo y el imputado, siendo “autor o partícipe del mismo”.

De acuerdo a esto se exige que haya prueba suficiente del hecho imputado en lo que tiene que ver a la vinculación del hecho con el procesado, es decir, cuando se refiere a “suficientes elementos probatorios” está encauzada a la consideración específica de los elementos que componen el hecho delictivo en relación a la actuación o participación del imputado, cuidando siempre de no turbar a dicho concepto indeterminado, pues con ello se corre el riesgo de que la libertad personal sea objeto de muchos abusos.

❖ **Principio de Proporcionalidad**

Manifiesta que debe haber una equivalencia que ha de darse entre la medida de coerción que se adopta y la finalidad procesal puesta en peligro. Este principio exige que se lleve a efecto un balance de intereses para ver si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida cautelar tiene relación proporcional con la importancia del interés estatal que se busca salvaguardar. Por este motivo este viene a ser un presupuesto esencial en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de Derecho dado que se presenta como alternativa al conflicto que hay entre el derecho a la libertad

personal y el derecho a la seguridad del individuo dada por las necesidades que no se pueden eludir de buscar una persecución penal eficiente.

❖ **Principio de Necesidad**

La restricción que implica la prisión preventiva será aplicable siempre que se justifique en el cumplimiento específico de la finalidad constitucionalmente establecida y ante la cual se legitima, debiéndose optar en cualquier otro caso una alternativa que sea menos grave para el derecho fundamental implicado. Es decir, solo se pueden aplicar cuando con ello se aseguren los fines del proceso, de acuerdo a esto entonces el principio de la presunción de inocencia comprende también el trato como inocente ya que la regla es la libertad personal y la detención es la excepción. Así, la prisión preventiva será tomada en todo momento como “medida excepcional”; por otro lado, cuando se den los presupuestos para aplicar esta medida solo dictará cuando sea estrictamente “necesaria” para asegurar los fines del proceso.

❖ **Principio de Provisionalidad**

Las medidas coercitivas tienen la característica de provisional sobre la base de lo observado en la dinámica del proceso y la evaluación de los fines o razones que dan lugar a la aplicación de dicha medida grave.

Son provisionales pues se cumplen teniendo en cuenta un plazo, también se someten a la cláusula rebus sic stantibus, ya que su permanencia o modificación se encuentra en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hacen posible su aplicación inicial.

❖ **Principio de Excepcionalidad**

En todo sistema acusatorio la meta siempre será la libertad, solo por razones excepcionales y muy necesarias se justifica la limitación a este derecho fundamental.

4.1.1.5.- PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

La prisión preventiva forma parte de las medidas coercitivas, las cuales se estructuran sobre la base de tres funciones: cautelares, que tienen como meta asegurar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria impidiendo la fuga del imputado, de aseguramiento probatorio, que persigue evitar actuaciones obstruccionistas del imputado que perturban la investigación o la práctica de medios de prueba; y una finalidad tuitiva coercitiva, que persigue impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles.

La base normativa la encontramos en el artículo VI del Título Preliminar del NCPP, en los art. 253 a 258 del Título I, Sección III del libro segundo, donde se da un desarrollo normativo del marco general para la adopción de las medidas de coerción procesal; asimismo en los art. 268 a 285 correspondientes al capítulo I del Título III.

❖ **PRESUPUESTOS MATERIALES**

○ **La imputación: *fumus boni iuris***

Este presupuesto se establece en sus inicios como la apariencia de un buen derecho (de raíz civilista), trasladado a la aplicación de la prisión preventiva, implica la apariencia de la existencia del hecho delictivo en relación con la participación del imputado en el ilícito, siendo así, sirve para formar convicción y para razonablemente considerar la responsabilidad del imputado.

Es decir, la actividad probatoria desarrollada en la etapa de investigación preliminar debe relacionar al imputado con el delito, de tal manera que la suficiencia probatoria que se tenga sobre el delito pero que no se vincule con el imputado no satisface este requisito. Esto no implica que tenga que darse la certeza y la objetividad de datos que son necesarios para producir la condena, contrario a ello es un límite al ius puniendi, característico de un Estado de derecho, que mediante esta medida afecta directamente un derecho fundamental.⁶

○ **La peligrosidad y el riesgo de frustración procesal: periculum in mora**

El riesgo procesal que se busca evitar legitima de alguna forma el empleo o limitación del derecho a la libertad personal mediante la prisión preventiva.

Pujada Tortosa, sostiene respecto del riesgo de frustración que “es la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso, cuya realidad, ya no eventual, comporta la imposibilidad de seguir dicho proceso y realizar su fin, pese a la vigencia de los principios de legalidad y necesidad. En tanto que peligrosidad procesal es aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal”.⁷

Se debe tener cuidado en hacer de la institución de la prisión preventiva un elemento que satisfaga la alarma social pugnante de una sociedad segura, donde sus instituciones democráticamente organizadas no cuentan con

⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral. Editorial IDEMSA, 2010, pg. 514.

⁷ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de las Medidas Cautelares Penales. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2008.

legitimidad y ceden ante dicha presión social; también escribe al respecto Zaffaroni.⁸⁹

- **Sanción superior a cuatro años**

Otro requisito que debe concurrir para la imputación concreta es que, como refiere la norma, la sanción a imponerse al imputado “sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”.

Así es que el requisito obliga a efectuar la proposición de una eventual pena, dado que no es condición o requisito que solo se examine, la pena establecida para el ilícito de que se trata, sino que se obliga a considerar la pena concreta, lo que supone analizar todas las situaciones materiales que se presentan, respecto de cada imputado, y que determinarían una posible pena efectiva superior a cuatro años.

En otro sentido, el mínimo de la pena en realidad, podría ser superior a los cinco o seis años o incluso más; pero, si damos atención a las diversas situaciones favorables que existieren para el imputado y que pudieran presentarse y concurrir, se determinara como pena probable una sanción no mayor a cuatro años de pena privativa de libertad, pues entonces no existiría razón para que se deba solicitar y decidir la prisión preventiva (con relación a la sanción). Esto es que, en tales casos, aunque la norma considera un mínimo de pena elevada, en el caso concreto, objetivamente no existirá respaldo normativo para solicitar una prisión preventiva.

⁸ “la prisión preventiva, muchas veces desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no solo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata”.

⁹ ZAFFARONI, Raúl. EL preso sin condena en América Latina y el Caribe. ILANUD, Costa Rica, 1983.

- **Peligro Procesal**

Concorre cuando, en razón a sus antecedentes y en razón a otras circunstancias del caso concreto, es posible concluir razonablemente que el imputado querrá eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). El peligro procesal es, atendiendo al objetivo fundamental de la prisión preventiva, el presupuesto clave a considerar y, por ello, el de más controvertida argumentación.

El Tribunal Constitucional muchas veces en la jurisprudencia ha sostenido que este es el elemento principal que los jueces deben tener en cuenta en caso se dicte la medida (así como también, los fiscales para requerirla). Ello concuerda perfectamente con el objetivo que tiene la prisión preventiva como medida cautelar; que el imputado se presente al juicio. Pero así como los tres presupuestos deben concurrir juntos (tal como lo dispone el art. 268° NCPP) su examen no es aislado, pues evidentemente no a todos se les puede dar la misma ponderación.

El presupuesto primero es el que orienta a los demás. La inexistencia de fundados y graves elementos de convicción que requiere la prisión preventiva releva la revisión de los otros dos.

Entonces vemos que los derechos que se ponderan son la libertad locomotora del imputado y el interés general de la sociedad para reprimir conductas que (a través de su Código normativo) considera como desvaliosas o jurídicamente reprochables.

Por ello, el presupuesto se refiere específicamente a eludir o evitar la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). En este último aspecto, el peligro concreto es el

de perturbar la actuación probatoria (lo que concuerda con el hecho de que el nuevo sistema propone la búsqueda de una verdad procesal y ya no histórica).

- **Peligro de fuga**

Se relaciona con la posibilidad de que el procesado eluda o evite la acción de la justicia y no se pueda cumplir eficazmente con los fines del proceso. Es decir, el procesado por distintas razones (quizá el miedo a que le impongan una pena, el no querer pagar la reparación civil, pérdida de tiempo que le quita el proceso, falta de arraigo, se va del lugar donde domicilia realmente, etc.) se sustrae de la acción de la justicia.¹⁰

Este elemento tiene como finalidad evitar que escape el imputado, está representado por dos funciones específicas: asegurar su comparecencia física mientras dure el proceso penal y garantizar el cumplimiento de la ejecución penal. Para calificar el peligro de fuga, el juzgador tendrá que realizar un análisis concreto de las circunstancias que rodean un caso en particular, en conexión con todos los elementos como son: el arraigo en el país del imputado, la gravedad de la pena, el comportamiento procesal, el daño resarcible y la pertenencia del encausado a una organización criminal o su reintegración a ella, conforme lo dispone el art. 269ª del CPP.

- **El arraigo**

Este sustantivo proviene del verbo arraigar que etimológicamente está compuesto por las voces latinas ad y radicare (echar raíces).

¹⁰ NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral. Editorial IDEMSA, 2010, pg. 516.

Uno de los elementos que deberían analizarse por el juez y, evidentemente, antes por el fiscal que solicitará la prisión preventiva, es el arraigo del imputado, que está referido a la importancia y valor de las cosas, que desde una perspectiva razonable obligarán al imputado, a quedarse en el lugar donde se le procesa.

En esas condiciones es que se valora el tema del domicilio que posee el imputado, y esto pues implica analizar aquel, en cuanto al grado en que lo vincula al lugar del procesamiento o el grado en que lo arraiga.

En tal sentido, la existencia de una residencia habitual o asiento de familia evidentemente poseerá más peso que su ausencia. Esto es así, porque una residencia habitual vincula a la persona con otras personas y genera lazos afectivos difíciles de romper tanto como de reemplazar.

También se tiene que analizar si el lugar concreto vincula al imputado con el lugar donde realiza negocios o un tipo de trabajo legal; pues toda persona obligadamente debe poseer un género de actividad económica a partir de la cual debe mantenerse y mantener a su familia.

- **Gravedad de la pena**

La gravedad de la pena que puede pronosticarse para el caso en concreto, debe servir como elemento de juicio para analizar el peligro de fuga de modo concurrente a otros elementos.

- **Daño resarcible y actitud**

Como sabemos el daño resarcible vendrá a constituir una medida para ponderar si se dicta o no la prisión preventiva; así, si el daño en verdad no es mucho o incluso si fuera mucho; pero, el imputado tuviera bienes con los

cuales pagar un resarcimiento y, a su vez, conservara otros bienes, no sería de temer que huya.

El problema se presenta cuando el imputado tiene pocos bienes o los que tiene se conoce que los está vendiendo y no pretenderá devolverlos, conforme a su modus operandi, o se sabe que buscará la forma de colocarlos a nombres de terceros o hasta será capaz de destruirlos.

La norma establece que se debe considerar la actitud, en vista de que no todas las personas actúan de la misma manera, por lo que, efectivamente, se deben apreciar los antecedentes, el tipo delictivo, habitualidad o reiterancia, para analizar el modo de proceder anticipándose a la actitud del imputado.

- **El comportamiento**

De las conductas desplegadas a partir del desarrollo de la investigación y de la misma persecución concreta, se puede sacar conclusiones aprovechables, para identificar un posible peligro de fuga; sin embargo la norma va más allá y pide verificar la conducta: “en otro procedimiento anterior”.

Lo referido es aplicable a delincuentes que se especializan en la comisión de ciertos tipos de delitos, en los que se pueden notar patrones de actuación y también se pueden averiguar antecedentes, tales como si en otros procesos que se les sigue permanecen como contumaces o han demostrado actitudes de fuga.

Lo lógico es que respecto al imputado que no se sometió al procedimiento y que tuvo que ser capturado o si se le tuvo que traer del aeropuerto o zonas de frontera, se entiende que deberán tomarse medidas cautelares apropiadas. Lo contrario sucede cuando no habiendo estado habidos, inclusive avisan de que se entregarán y esperan que se levante la detención. A nuestro entender,

estos casos cabe estudiarlos, puesto que podría haber una genuina voluntad de ponerse a derecho; pero podría ser una estrategia ante un cerco, por haberse acabado el dinero, el apoyo o las ayudas, y de un intento de ganar tiempo para intentar la fuga.

En nuestra opinión, el diagnóstico del peligro de fuga, a partir del análisis de la conducta anterior o antecedente, no es algo que tenga que ceder ante la presunción de inocencia. Resulta obvio que tal principio resulta siendo razonablemente vulnerado, a través del proceso, mientras se sucede la investigación y se van obteniendo elementos de convicción incriminantes y cuando de una medida de comparecencia sin restricciones pasan a dictarse restricciones y luego puede justificarse la prisión preventiva. Y menos puede ignorarse que el sujeto, en ejercicio de su voluntad no se ha rehabilitado y repetirá lo que antes hizo.

Debemos mencionar que los comportamientos que darían elementos de convicción para la privación cautelar de la libertad, no podrán ser, en ningún caso, los que constituyen derecho del imputado, esto es el guardar silencio o el responder a medias, ante una pregunta. Y podríamos decir que ni siquiera el hecho de que se le descubra una mentira serviría de fundamento para tan grave medida, puesto que si bien no constituye un derecho el mentir, tampoco aparece ello sancionado, explícitamente en la ley y, por lo demás, es una reacción humana, hasta cierto punto entendible.¹¹

¹¹ ANGULO ARANA, Pedro Miguel. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal. Revista Gaceta Penal. Julio 2011.

- **Peligro de obstaculización**

Los puntos a tenerse en cuenta para determinar cuándo hay obstaculización probatoria son: destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, influir para que co-imputados, testigos o peritos den informes falsos o se comporten de manera desleal o reticente o inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Como señala la doctrina estas conductas para fundamentar el peligro de obstaculización requieren que el peligro sea real y concreto y no abstracto (por ejemplo no basta con decir que alguna persona tiene algún cargo determinado para considerar que sea peligrosa) lo que supone que el riesgo ha de provenir de la realización por parte del imputado de conductas que revelan su intención de suprimir la prueba.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han dado diversos alcances sobre lo que se entendería por perturbaciones a la actividad de investigación, lo que tiene que ver con inasistencias, cuestionamientos permanentes a los investigadores, agresiones verbales a los mismos y desacatos de diverso tipo, entre otros temas.

- **Respecto a los elementos de convicción**

De forma equivocada se mencionan a elementos de prueba, puesto que el nuevo modelo se refiere a elementos de convicción y respecto de estos, lo que se tratará de prevenir en concreto es que no sean destruidos, modificados, ocultados, suprimidos o falsificados.

Se refiere a documentos o elementos materiales tales como vestigios, restos, escenas del delito, referencias materiales susceptibles de ser manipulables o

alterables y, evidentemente, tenemos que considerar la capacidad lógica y razonable de hacerlo.

- **Respecto a las personas**

En lo que tiene que ver con personas naturales, que pueden ofrecer información valiosa, para dar a conocer antecedentes, respecto del acto ilícito, testimonios sobre su realización o acciones posteriores, también en lo posible se tratará de resguardar que dichos testimonios puedan llegar a ser recogidos. De igual modo, debe protegerse que los coimputados, agraviados y peritos puedan expresar los juicios, sus opiniones o sus conclusiones así como hipótesis, respecto a la producción de los actos ilícitos y la identificación de sus autores y partícipes.

- **Respecto a terceros**

Finalmente, lo que se trata es de prevenir que el imputado pueda influir en terceros, de modo que esto los lleve a asumir conductas que obstaculicen el proceso, las mismas que personalmente podría asumir el imputado.

- **Las organizaciones delictivas**

La norma ha añadido, un caso más, como presupuesto, en que se considera que fácilmente podría perjudicarse el resultado de las investigaciones, y tal se presentaría cuando de forma razonable se pueda sustentar que el imputado pertenezca o que habiendo dejado anteriormente de pertenecer, se hubiera reintegrado a una organización delictiva.

Lo que se trata de evitar y prevenir son las dificultades que para los fines de la investigación, representan las organizaciones delictivas, cuya capacidad de organización se dirigirá a combatir y/o dificultar la persecución penal.

En tal sentido, bien se sabe que parte de los beneficios que motivan a las organizaciones delictivas a disciplinarse y adquirir forma y organización, es la capacidad de respuesta que adquieren, en contra de los órganos de justicia, de modo que tratan de garantizar impunidad a sus miembros integrantes, sobre todo si pertenecen a la alta jerarquía de la organización, poniendo de su lado sicarios y gente que amenaza testigos y destruye vestigios.

Ello pues viene a constituir un problema cada vez más frecuente, dado que la modernidad otorga muchos medios para poder investigar y encontrar los paraderos de las personas.

Así pues, lo que particularmente se trata de evitar o prevenir es que se use la organización, para cualquiera de estas tres cosas:

- Ayudar a la fuga del imputado, que se hace más posible al contar con una organización.
- Ayudar a la fuga de otros imputados.
- Poner un obstáculo a la averiguación de la verdad.

Si se conoce que la banda es muy grande y tiene ente libre, que posee recursos económicos, tiene antecedentes de haber corrompido funcionarios o tiene allegados políticos o cercanos al poder, irá constituyendo condiciones que deben observarse en ella misma, como negativas para la investigación.

Evidentemente, la noción de la búsqueda de la verdad aparece aquí como un criterio orientador que preside la investigación, al modo de un norte, puesto que lo perseguido es el mayor acercamiento posible a la verdad material, en tanto objetivo instrumental que ofrece la mejor condición para impartir justicia.

❖ **PRESUPUESTOS FORMALES**

Están establecidos en el art. VI del Título Preliminar del NCPP¹². Los presupuestos formales son de observancia obligatoria y de desarrollo constitucional, es decir, para el que ha de aplicarlo y cómo ha de aplicarlo. Los presupuestos tienen que ser aplicados de acuerdo a la regla de proporcionalidad.

• **Legalidad.**

Sólo se admiten aquellas restricciones que la ley expresamente dispone expresamente. Sólo podrán acordarse dentro del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni tampoco en otro tipo de procesos y su aplicación y desarrollo se habrá que acoplar a las determinaciones previstas en el Código Procesal Penal.

• **Jurisdiccionalidad**

Establece que solo puede ser dictada por autoridad judicial, art. VI del TP y el art. 268 del NCPP, y nunca puede el fiscal o la policía acordar una medida que afecta la libertad del imputado.

El art. 255 del NCPP, establece que cualquier medida cautelar penal de carácter personal exige la previa petición del fiscal, así también establece, que tanto el fiscal como el propio imputado les corresponden la competencia para solicitar la reforma, revocación o sustitución de dichas resoluciones cautelares.

¹² “Las medidas que limiten derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en nuestra Constitución, solo se podrán dictar por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley (haciendo uso de resolución motivada) pero con respeto por el principio de proporcionalidad.

• **Motivación**

Toda resolución que limite el ejercicio de un derecho fundamental debe estar motivada. El interés de motivar se debe al interés por la protección directa de los derechos fundamentales, pero también, porque busca excluir la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente, también con esto se logra el control de la actividad jurisdiccional, lograr que las partes y los ciudadanos estén convencidos acerca de la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional.

De acuerdo a esto en el art. 254º del NCPP, está normado que la resolución judicial debe estar cuidadosamente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado, a través de una descripción sumaria de hechos, con la mención expresa de las normas penales transgredidas (art. 254. 2.a); exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican la medida dispuesta (Art. 254. 2.b) y la fijación del término de duración (Art. 254.2.c).

• **Excepcionalidad**

La regla según lo establecido en la norma es que la investigación se lleve a cabo en libertad del imputado y por tanto la excepción es la medida de prisión preventiva y únicamente cuando sea indispensable, art. 253º.3 del NCPP.

La prisión preventiva no es un fin en sí mismo, puesto que esta es instrumental, es decir, está dirigida a la consecución de fines de carácter procesal.

• Audiencia

El Código Procesal Penal en el art. 271°.1 establece la adopción de la audiencia como método de toma de decisiones. La finalidad de la audiencia es determinar los elementos que serán valorados antes de determinar el dictado de la prisión preventiva, ya que el sistema acusatorio que hay en el Código Procesal Penal establece como rasgos característicos a la inmediación, oralidad, publicidad y el contradictorio; estos caracteres nos van a permitir determinar y valorar de forma adecuada dichos elementos.

Entre otros aspectos la audiencia sirve para el control del ejercicio jurisdiccional, tanto por las partes como por el público asistente, además permite lograr la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional.

• Proporcionalidad

Constituye un requisito esencial en la limitación de los derechos fundamentales. Este principio también manifiesta la existencia de la equivalencia que debe haber entre la medida de coerción a adoptarse y la finalidad procesal puesta en peligro.

Este principio, también llamado principio de prohibición de exceso, funciona como un balance de intereses para poder determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida cautelar guarda una relación de proporción con la importancia del interés estatal que es el que se busca salvaguardar. Por este motivo se considera a este principio como presupuesto esencial en la regulación de la prisión provisional, ya que viene a ser una solución al conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo dada por las necesidades de persecución penal eficaz.

4.1.1.6.- LIBERTAD PERSONAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La libertad es un tema complejo. Es un asunto tan importante, tan serio y tan difícil que forma parte del problema capital de la filosofía moderna.¹³

La prisión –se dice- afecta la libertad física o libertad de locomoción, lo que es cierto. No obstante hay que considerar también en qué medida puede llegar a afectar la voluntad de las personas que la sufren, por cuanto los obstáculos al desplazamiento propiamente físico, reduce la esfera de libertad en que se mueve la voluntad.

El Tribunal Constitucional ratifica lo anterior, pues sostiene, en la sentencia recaída en el Exp. N° 791-2002-HC/TC, que: “ ... la libertad personal es un derecho subjetivo, reconocido ... por la Constitución Política del Estado y, a la vez, uno de los valores fundamentales protegido por nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional”.

La incidencia directa que ejerce esta medida de coerción personal sobre la libertad personal es innegable, sin embargo, es la prisión preventiva un elemento instrumental para asegurar la continuidad del proceso para que en un momento posterior recién se aplique la pena privativa de libertad. Cabe preguntarse: ¿es la prisión preventiva una pena anticipada?, y si no es así, ¿cómo legitima el Estado esta medida coercitiva tan grave, pues incide sobre un derecho fundamental tan importante como es la libertad personal?

¹³ SCHOPENHAUER, Arthur. El amor y otras pasiones. Editorial Diana, La Libertad, (S.A.)

En la realización y evolución del proceso, la prisión preventiva siempre estuvo ligada en el sistema inquisitivo como regla y, más aún, ligada a la tortura como modo de averiguación de la verdad. Es Carrara quien justifica la adopción o incorporación de estas medidas subordinándolas solo a las necesidades del procedimiento, aunque en un trabajo posterior admite la injusticia de la prisión preventiva, pero de nuevo la justifica como una injusticia necesaria. Este planteamiento de Carrara es la que mejor ha servido; siendo esto así, la presunción de inocencia cede, en su complicada relación prisión preventiva-presunción de inocencia, ante la incorporación de esta última bajo argumentos de defensa social.

Aceptando la injerencia en la esfera de la libertad solo como excepcional, esto es regla general según nuestra Constitución Política en su art. 2, inciso 24 párrafo b¹⁴.

De igual manera en el art. IV del TP del NCPP podemos encontrar la reafirmación a lo establecido por la Constitución¹⁵. La afectación directa y tan grave sobre la libertad del individuo que sufre cuando se le impone la prisión preventiva, ha merecido que se establezca como garantía permanente e infranqueable al principio constitucional de la presunción de inocencia; es así, que este principio concibe que el imputado es y debe ser tratado como inocente de manera permanente y a través del proceso, ya que aunque está sometido a proceso su responsabilidad por el acto ilícito atribuido; esta no ha

¹⁴ “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

¹⁵ “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

sido aún declarada e incluso podría no declararse su culpabilidad y entonces prevalecería su estado de inocencia. La presunción de inocencia incorporada en nuestra Constitución, como dice Maier¹⁶, “impide que se trate como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verisimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado mediante los órganos judiciales establecidos para expresar su voluntad en esta materia, no resuelva en la sentencia penal firme que aquel es culpable y dicte una pena. Por lo tanto, queda claro que no puede tratarse al imputado como culpable todo lo contrario en todo momento el trato debe ser (porque lo es hasta que medie sentencia penal firme) como inocente.

La presunción de inocencia que encontramos en el Código Procesal Penal de 2004 en su art. II del TP en su inciso 1 y 2, reafirma lo antes mencionado¹⁷.

Este principio incluso tiene trascendencia en otros procesos distintos al penal, es decir, esta garantía constitucional abarca a todo ámbito ya sea jurisdiccional o administrativo en donde se atribuye responsabilidad a una persona.

¹⁶ MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal: Fundamentos. Tomo I. Editores del puerto, Buenos Aires, 1996, pg.490.

¹⁷ “1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida ya actuada con las debidas garantías procesales (...).

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

4.1.2.- MARCO NORMATIVO

• Constitución Política

Artículo 2 inciso 24 parágrafo b

“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 9, numeral 3: “ La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Código Procesal Penal (2004)

Los Presupuestos de la Prisión Preventiva

Artículo 268° Presupuestos materiales¹⁸: Análisis

¹⁸ 1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

○ **Numeral 1)**

Cuando en este artículo se establece que el juez puede ordenar mandato de prisión preventiva, nos muestra una facultad del juez y no una obligación. Esto implica que, si a pesar de concurrir los tres presupuestos materiales regulados en el art. 268°, se infiere que es posible contar con la presencia del imputado durante el proceso mediante una medida cautelar menos grave, entonces la prisión preventiva dejaría de tener sentido en el caso concreto.

El literal a) se refiere a que existen “elementos de convicción”, estos deben estar referidos a la existencia de una “estimación razonable” respecto de la comisión de un delito y de que el imputado tiene parte en ella como autor o partícipe.

El literal b) regula el presupuesto de la pena probable, que la sanción a imponerse sea mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad. Se trata de un pronóstico, hasta cierto punto un prejuzgamiento de la pena que podría imponerse al imputado en caso de ser condenado cuando el proceso llegue a su final, pronóstico que, aun cuando se formula sobre la base de las primeros investigaciones y material anexado por el fiscal a su solicitud, de ningún modo deberá ser superficial y menos arbitrario. Así, resultará exigible al juez la aplicación de los criterios jurídicos de determinación de la pena, situación que, al comienzo del proceso, nunca habrá de ser tarea sencilla.

El literal c) se refiere al llamado peligro procesal conformado por los sub-conceptos de peligro de fuga y peligro de obstaculización. En principio, cabe resaltar que la redacción de esta norma, aun cuando deficientemente desde el punto de vista de la construcción gramatical, en cierto modo reproduce el

texto primigenio del art. 135° del Código Procesal Penal de 1991 que estatúa que “el imputado en razón a sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”. Y decimos en forma deficiente porque según la redacción del legislador de 2004 es el imputado quien, si tenemos en cuenta sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite concluir de forma razonable que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad, cuando en realidad no es el imputado quien permite colegir tales situaciones sino sus antecedentes y otras circunstancias. Una más apropiada redacción del texto podría haber señalado que "los antecedentes del imputado y otras circunstancias del caso particular permitan concluir que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)".

○ **Numeral 2)**

En líneas generales nos parece innecesaria la inclusión de la norma contenida en este numeral, la misma que establece como un presupuesto material adicional para la imposición de la prisión preventiva, la acreditada pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a ella, con el riesgo posible de utilizar los posibles medios de la organización para hacer más fácil la fuga o quizá lograr la obstaculización de la averiguación de la verdad. Sostenemos que la inclusión es innecesaria porque la pertenencia a una organización criminal, de acuerdo con una correcta interpretación del texto, no basta, ya que a ella debe sumarse necesaria y obligatoriamente la

utilización de los medios proporcionados por aquella en orden a facilitar la fuga o la obstaculización de la verdad.

El supuesto introducido por la norma comentada no es otra cosa que un caso más de peligro de fuga o de obstaculización, únicamente exacerbada por los medios proporcionados por la organización criminal, de modo que, a esa conclusión podría arribar el juez, en el caso específico, aplicando los supuestos de peligro procesal existentes en el literal c) del art. 268°.

Queda claro que, si faltase uno de los requisitos establecidos en los incisos a), b) y c) del art. comentado (prueba suficiente, pena probable y peligro procesal), por más que se haya acreditado la pertenencia o reintegración del imputado a una organización criminal de cuyos medios se podría valer para facilitar una posible fuga u obstaculizar la averiguación de la verdad, el juez no podría, válidamente, imponer el mandato de prisión preventiva.

Artículo 269°. Peligro de fuga¹⁹: Análisis

○ Numeral 1)

Uno de los criterios de calificación para el peligro de fuga es el arraigo, cuyo significado primigenio, según el Diccionario de la Real Academia Española, es la acción y efecto de arraigar, esto es, de echar raíces. Aplicado dicho

¹⁹ Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

significado a la calificación del peligro de fuga, debe entenderse que el juez debe considerar el enraizamiento del imputado en el país a partir de la fijación de su domicilio, residencia, la situación de su familia en el país, los negocios o la ocupación que pudiese tener y las posibilidades para poder salir del país o eludir la acción de la justicia. Mayor arraigo tendrá el imputado que tanga fijado su domicilio en el país que aquel que lo tenga en el extranjero; o el imputado que mantenga negocios, bienes raíces, propiedades en general en el país, que aquel otro que los tenga en el extranjero.

○ **Numeral 2)**

La gravedad de la pena es un criterio válido para establecer el peligro de fuga en el caso concreto. Sin embargo, convendría precisar cómo debe definirse “la pena que se espera como resultado del procedimiento” de la que habla el inciso 2. En efecto, nos parece que no debe entenderse como la pena que efectivamente se va a aplicar para el delito imputado sino como la pena que podría imponerse a partir de un pronóstico razonado y de la evaluación de los primeros elementos de convicción alegados por el Ministerio Público. Evidentemente, como ya se ha explicado en la parte correspondiente al requisito de pena probable, una primera aproximación a esta prognosis es la consideración de la pena conminada, aun cuando esta no sea suficiente.

○ **Numeral 3)**

Otro criterio para la calificación del peligro de fuga es el grado del daño ocasionado por la comisión del delito investigado, así como la conducta que el imputado observe frente a él. Así, a mayor envergadura del daño

ocasionado y a mayor desentendimiento del imputado para repararlo voluntariamente, mayor será el riesgo de fuga.

○ **Numeral 4)**

Aquí se introduce como otro de los criterios para establecer el peligro de fuga la conducta observada por el imputado en el proceso en curso o en otro anterior. De este modo, como es lógico, si su comportamiento actual o anterior revela una clara posibilidad de no someterse al proceso, entonces tal circunstancia deberá ser tomada en cuenta por el juez en la calificación. Tal sería el caso, por ejemplo, del encausado que huyó de la Comisaría durante las investigaciones preliminares o no compareció injustificadamente pese a las reiteradas citaciones cursadas; o el de aquel otro que en un procedimiento anterior huyó de un establecimiento de detención.

Creemos que en la calificación del peligro de fuga, el juez estará llamado a examinar el caso concreto a la luz de todos y cada uno de los criterios previstos en el artículo bajo comentario, no siendo suficiente el que se detenga únicamente en uno de ellos.

Artículo 270°. Peligro de obstaculización²⁰: Análisis

²⁰ Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

○ **Numeral 1)**

Uno de los criterios que deberá tenerse en cuenta en orden a lo precedentemente expresado es el riesgo que el imputado modifique, oculte, suprima o falsifique elementos de prueba. Tal sería el caso, por ejemplo, del imputado que, aprovechando su condición de libertad, pueda transferir fondos mal habidos, producto de la comisión del delito imputado.

○ **Numeral 2)**

EL riesgo razonable de que el imputado pueda influir en la actuación irregular de coimputados, testigos o peritos, como en los demás criterios de calificación previstos por el legislador, deberá ser considerado por el juez a la luz del caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso sometido a su decisión. A modo de ejemplo podríamos mencionar el caso hipotético del jefe de una organización criminal que, por contar con una serie de medios económicos, financieros, logísticos, o de presión lindantes con la amenaza y la coacción, podría usar tales medios para torcer la opinión y actuación de testigos, peritos y coimputados. Aun cuando, tratándose de organizaciones criminales, la privación de libertad de uno de sus integrantes no impediría en su totalidad la actuación ilícita de los demás miembros, sin embargo, tal privación reduciría en cierto grado el riesgo de obstaculización de la averiguación de la verdad.

○ **Numeral 3)**

La disposición contenida en este numeral resulta extremadamente oscura y general, debiendo entenderse que los “otros” a los que se refiere, son

personas distintas a coimputados, testigos o peritos, que podrían ser influenciadas por el imputado, habiéndose utilizado indebidamente, a nuestro modo de entender, una cláusula abierta que podría ser mal utilizada por una jurisprudencia poco inteligente.

Quizás a modo de ejemplo podríamos mencionar como un posible supuesto el de aquel imputado que, por su posición en un determinado cargo público, podría influir en otros funcionarios bajo su dirección mediata o inmediata en la emisión de informes relevantes solicitados por el juez para la toma de sus decisiones.

4.1.3.- BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE

00502-2018-HC/TC

El fondo de la decisión dada por el Tribunal Constitucional es correcta, aunque algunos argumentos no son del todo aceptables. Además tengamos en cuenta que la prisión preventiva es una excepción, no la regla y aunque haya suficiente evidencia para sostener una acusación y una eventual condena en este caso, la prisión preventiva tampoco es una pena anticipada pues pudieron resultar factibles otras medidas alternativas.

Aparte de esto tengamos en cuenta que el fallo del Tribunal Constitucional no analiza las pruebas del caso, pues no le corresponde desde un punto de vista constitucional. Se limitó a decir que no hubo una adecuada fundamentación del riesgo procesal para dictar la prisión preventiva contra la expareja presidencial, Ollanta Humala y Nadine Heredia. Si en el transcurso del tiempo se descubre que Ollanta Humala o Nadine Heredia están, por ejemplo,

comprando pasajes para salir de país, el fiscal puede pedir al juez una medida de prisión preventiva. Pero si no existen nuevos elementos, la ley impide que la prisión preventiva sea dictada.

4.1.4.- METODOLOGÍA

4.1.4.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN

Es un estudio descriptivo y explicativo de tipo socio jurídico, se describirá la medida de prisión preventiva y se hará un breve análisis de la sentencia recaída en el Expediente 0502-2018-HC/TC.

○ DISEÑO DE ESTUDIO

Atendiendo a la naturaleza de estudio de esta investigación el diseño asumido es de No Experimental – Descriptiva Simple.

No Experimental: Dado que es una investigación en la que se analizará la realidad y se observará la situación como tal , no se va a necesitar de ningún experimento para observar la realidad y modificar el problema.

○ POBLACIÓN

Para el caso de esta investigación no se determina muestra ya que es teórico.

○ MUESTRA

Para el caso de la investigación, no se requiere de una muestra de estudio en vista de que el trabajo de investigación es teórico.

4.1.4.2.- MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE

DATOS

- **MÉTODO DESCRIPTIVO**

La técnica es análisis documental, se obtendrá información sobre el Expediente N° 00502-2018-HC/TC

4.1.5.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1.5.1.- RESULTADOS

El objetivo general del tema de estudio es determinar si la prisión preventiva es una medida cautelar utilizada de manera excepcional en el Perú para garantizar la finalidad del proceso o si es una pena anticipada. Aunque con el NCPP de 2004 se eleva el nivel de exigencia para poder imponer la medida de prisión preventiva al requerir “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito”, el peligro de que se vuelva a convertir en un sistema abusivo y de aplicación generalizada permanece latente.

Como se ha visto, el principio de instrumentalidad establece que las medidas cautelares sean aplicadas únicamente para garantizar el fin que tiene el proceso penal; específicamente la prisión preventiva es una medida que busca asegurar el adecuado desenvolvimiento del proceso penal, al garantizar la presencia del imputado y la correcta actividad probatoria.

Entonces, el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando se utilice como ultima ratio, es decir sea la única

manera de asegurar los fines del proceso, porque si se aplicarían otras medidas menos lesivas resultarían inefectivas a esos fines. Por eso, siempre en primer lugar se debe buscar la utilización de una medida de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.

Aunque la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, el uso que se le está dando es de un 76% según el Ministerio de Justicia, esto porque hay factores extralegales que influyen en la decisión de los operadores de justicia; el proceso se lleva a cabo en un clima de fuerte presión social, exacerbada por los medios de comunicación, que claman por mano dura contra la delincuencia. En casos extremos, se pueden presentar interferencias puntuales por parte de autoridades de la OCMA, que también debido a presión inician procesos sancionatorios sobre los operadores de justicia que deciden no usar la medida de prisión preventiva.

De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, que sólo se le utilizará cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, y después de concluir que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían en el no cumplimiento de esos fines. En este sentido, pesa sobre el órgano a disposición del cual se encuentra el detenido la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que en principio la habían sustentado. Pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto. Por tanto, el criterio de necesidad no sólo es

relevante al momento en que se decide la imposición de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la duración por más tiempo.

Finalmente es un desafío urgente evitar la dependencia de fiscales y jueces respecto de un concepto muy formal de lo que significa arraigo domiciliario y laboral.

En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva debe utilizarse solamente como una medida excepcional; y que en todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga también presente el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla. Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, debe interpretarse de forma restrictiva en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata de la defensa de derechos debe interpretarse en beneficio para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva.

4.1.5.2.- DISCUSIÓN

Se dice que la medida de prisión preventiva es una medida cautelar, de última ratio, es decir, que es de uso excepcional. Según el Ministerio de Justicia el 76% del total de requerimientos es fundado, lo que refleja una tendencia a requerir la imposición de la prisión preventiva en casi todos los casos que pasan una audiencia para ese efecto.

Dada su naturaleza de medida cautelar, personal y provisional; en vista de ello cualquier restricción de la libertad debe dictarse solamente en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general, a fin de garantizar que el imputado se encuentre presente durante el proceso penal y salvaguardar el desarrollo y resultado de este, teniendo como última finalidad asegurar el éxito del proceso.

Los factores extralegales son aquellos elementos no establecidos en el marco legal que tienen el potencial de influir o ejercer presión en la actuación de los operadores judiciales.²¹ La prensa y la opinión pública influyen en los operadores de justicia, al respecto un juez señala “El rol de la prensa como elemento de presión depende de cada juez. Todos los días la prensa se pone en el lugar de los jueces y juzga y condena de forma anticipada. Algunos jueces revisan los diarios antes de empezar su día, otros la ignoran totalmente”²².

También la prensa menciona que no dictar prisión preventiva es sinónimo de impunidad, dicen si no se dicta prisión preventiva existen supuestos de corrupción o de ilegalidad en las decisiones judiciales; se mal informa así a la opinión pública lo que genera un clima adverso frente a las decisiones de jueces y fiscales. En síntesis concluimos que los operadores de justicia consideran a la prensa como un factor extralegal que influye en la toma de sus decisiones para evitar un cuestionamiento de su labor.

²¹ CIDH, pg. 93

²² CIDH pg. 95

La prensa en general demuestra ser poco rigurosa al referirse a términos jurídicos, lo que genera confusión y en algunos casos, alarma o indignación en la opinión pública.

Como menciona la CIDH los principales desafíos para reducir el uso de la prisión preventiva y aplicar medidas alternativas, son los siguientes: políticas criminales que en número mayor proponen mayores niveles de encarcelamiento tomándolo como medio de solución a la inseguridad ciudadana; prevalencia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad; presión de factores extralegales.

Inclusive la CIDH se ha mostrado preocupada por el aumento en la duración de la prisión preventiva, normada en el Decreto Legislativo N° 1307 de enero de 2017, que modifica el CPP “para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada”.

También la CIDH advierte que los procesos son acompañados de un fuerte mensaje mediático y político que tiene un gran respaldo de la opinión pública, e incluso de las mismas instituciones de justicia, a fin de enfrentar problemas de inseguridad ciudadana mediante la aplicación de medidas privativas de la libertad. Este tipo de presiones sobre la autoridad judicial para no otorgar las medidas alternativas incrementan la inconformidad de la ciudadanía respecto de la situación de inseguridad que persiste.

La presión a las autoridades judiciales proviene no solo de la opinión pública, sino también de la OCMA, pues si algunos jueces se abstienen de decretar la

prisión preventiva son sancionados o removidos de sus cargos, mediante procesos disciplinarios que tienden a reducir los espacios de valoración e individualización del juzgador respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva.

CONCLUSIONES

- ❖ La prisión preventiva es una medida cautelar general que consiste en la privar de la libertad a una persona, mediante su internamiento en un centro penitenciario, durante la tramitación de un proceso penal y tratando con ello de asegurar los fines del proceso.
- ❖ En el dictado de la prisión preventiva no solo se suscitan problemas provenientes de su intrínseca gravosidad para el derecho a la libertad del imputado, sino que además entraña la colisión de dos intereses que el Estado se encuentra en la obligación de salvaguardar; por un lado, un interés particular (la protección de un derecho fundamental, que es la libertad), y por otro, un interés público (la eficacia en la persecución de un delito, lo cual genera confianza en el Derecho y evita la impunidad).
- ❖ Debido a la lucha que hay entre el principio de presunción de inocencia y la necesidad de asegurar el llegar a conocer la verdad, parece no tenerse presente el fundamento principal; y también debido a la petición social de mayor seguridad y castigo, la prisión preventiva, y la ciudadanía cree que así se soluciona el problema o por lo menos se reduce.
- ❖ El sistema penal pone en evidencia el temor de rebeldía procesal, que se convierte en una paranoia de fuga. Para superar este razonamiento es fundamental tener en cuenta que la libertad es un derecho y no un beneficio, si se entiende esto correctamente, no hará falta dictar siempre prisión preventiva, se podrían usar medidas alternativas.
- ❖ Conforme lo dispone el art. 268° del CPP, para dictarse el mandato de prisión preventiva, se exige que este sea solicitado por el Ministerio

Público, y que concurren de manera copulativa los siguientes presupuestos procesales establecidos en el NCPP²³.

❖ No puede darse en ninguna circunstancia el hecho de que la motivación se base en la consideración de que haya la posibilidad de apreciar la responsabilidad del imputado dentro del juicio oral. Siendo que esta posibilidad de determinar la responsabilidad se da en una fase procesal posterior a la audiencia de prisión preventiva, no puede preferirse esta a la verdadera razón de ser de la prisión preventiva, es decir, el peligro procesal; por ello no debe pasar a un segundo plano el análisis en concreto de las razones que justifican dicho peligro procesal; pues estaríamos frente a una práctica de rezago del inquisitivo, que atentaría contra la imparcialidad del juez y por tanto sería en buena cuenta un adelantamiento de pena, cosa que sería incoherente y desnaturalizaría los presupuestos dados con el NCPP.

❖ Vinculación del imputado con el ilícito denunciado, presupuesto que exige indicios razonables o graves elementos de convicción objetivos que evidencien un alto grado de probabilidad de la existencia del hecho delictivo y de la intervención del imputado en él, por lo que queda eliminada la mera sospecha²⁴. El eje de este presupuesto material es la imputación, por lo que, sin ella, lógicamente la adopción de cualquier medida de coerción sería arbitraria e innecesaria.

²³ [?] a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

²⁴ Esto se denomina *fumus bonis juris* (apariencia del buen derecho) expresión latina que, en materia de prisión preventiva, es llamada *fumus delicti commissi*, es decir, que existan en el caso concreto fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe.

❖ La prognosis de la pena evoca que el juzgador pueda establecer de manera anticipada la sanción a imponerse al imputado por la probable comisión del hecho ilícito, sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, ello teniendo en cuenta los primeros actos de la investigación preliminar y medios de prueba que sustentan el *fumus delicti* comissi, mediante un acto anticipado de la determinación judicial de la pena, vale decir, que el a quo debe situarse en el estadio procesal de emitir la resolución final respecto al cuántum de la pena.

❖ El peligro procesal es el fundamento medular y material de la imposición de prisión preventiva, por más que en el caso específico puedan existir determinados elementos objetivos que permitan llegar a la conclusión de que existen indicios o medios probatorios que vinculan de forma razonable al inculcado con la comisión del hecho delictivo y que el cuántum de la eventual pena privativa de libertad a imponerse sea superior a cuatro años. Es así que el Máximo Intérprete de nuestra Constitución ha establecido, sobre el particular criterios para examinar y determinar el referido peligro procesal.²⁵²⁶

❖ El peligro de fuga es un elemento cuyo fin es evitar el escape del imputado, está representado por dos funciones específicas: asegurar su comparecencia física mientras dure el proceso penal y garantizar su sometimiento a la ejecución penal.

²⁵ a) las actitudes y valores morales del procesado o investigado .b) Su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y c) Todo acto que permita concluir con un alto grado de objetividad que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y eficacia del proceso

²⁶ STC Exp. N° 1567-2002-HC/TC, caso Rodríguez Medrano

❖ El arraigo se entiende como aquellas circunstancias o condiciones que pueden acreditar el establecimiento fijo o habitual de una persona en un determinado lugar, determinado por sus lazos familiares, domicilio o residencia usual, bienes, ocupación, actividad económica y laboral.

RECOMENDACIONES

- ❖ La motivación ha de realizarse con base en una valoración en conjunto o concurrencia de los presupuestos que justificarían la prisión preventiva, es decir aquellos establecidos en el art. 268° del NCPP.
- ❖ Se debe incluir, a través de una modificación normativa del art. 269 del CPP, un ítem que valore el peligro de obstaculización, referido a los supuestos en los que el procesado o su familia efectúen actos de inducción o amenaza a personal del sistema de justicia penal.
- ❖ Adoptar medidas judiciales, legislativas y administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando su carácter excepcional y limitada por principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.
- ❖ Intensificar esfuerzos para disminuir y si es posible eliminar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o tratarla como pena anticipada o castigo previo y para asegurar que su uso sea realmente excepcional. En este sentido, es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia.
- ❖ Cambio en la cultura institucional de los operadores judiciales, que fomenten su independencia y autonomía al formular y resolver las solicitudes de aplicación de la medida, con un criterio excepcional.
- ❖ Que los discursos de las autoridades del Estado lleve un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho de presunción de inocencia, los Estados deben asegurar que la

prisión preventiva es una medida de carácter excepcional y que se aplique cuando se cumplan los parámetros legales, deberá ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

❖ Los funcionarios de los poderes del Estado no deben emitir públicamente opiniones que de forma directa hagan reprobables a fiscales, jueces o defensores públicos por sus decisiones adoptadas relativas a la aplicación, o no, de la prisión preventiva.

❖ Limitar la interferencia de los medios de comunicación. Columnas y editoriales de periódicos presentan argumentos que, invocando el problema de la inseguridad ciudadana, muestran indignación y reclaman siempre contra una orden de comparecencia dictada por un juez en un caso que ha adquirido relevancia pública. Pero quizá lo más importante se da en el terreno propio de la producción de la noticia: los títulos de escándalo, el sesgo dado a los hechos y a las decisiones judiciales, y la presentación de las víctimas o sus familiares para aumentar la emotividad del lector son parte de los recursos que los medios usan día a día para aumentar su audiencia al tiempo de distribuir el discurso que pide mayor represión en el funcionamiento del sistema penal.

❖ Con respecto a las relaciones entre el sistema de justicia y los medios de comunicación tomar en cuenta las recomendaciones que hace la CIDH²⁷.

²⁷ [?] (a) diseñar una política de comunicación en cada institución del sistema de justicia, que incluya la adopción de medidas destinadas a compartir información de forma accesible; (b) crear o reformular mecanismos de enlace (oficinas de prensa por ejemplo) entre el Poder Judicial y los medios de comunicación que proporcionen la información objetiva y no reservada sobre el desarrollo o el desenlace de procesos judiciales; (c) gestionar espacios públicos para difundir el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva.

- ❖ La CIDH insta a los Estados a crear incentivos institucionales y elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de los operadores de justicia respecto de la relevancia de su independencia y autonomía en su actuar y sus decisiones, a fin de aplicar la prisión preventiva de manera excepcional.
- ❖ Como medidas de acompañamiento institucional, se recomienda proveer entrenamiento específico a fiscales y jueces en el manejo de situaciones de alta controversia social de las cuales puedan surgir presiones hacia su trabajo. Este entrenamiento no debería limitarse a aspectos teóricos, sino que debería comprender elementos prácticos propios de la realidad en la que estos funcionarios operan. Igualmente, deberían diseñarse y habilitarse espacios de consulta, intercambio y apoyo para los funcionarios que enfrentan este tipo de situaciones de gran repercusión social.
- ❖ Asimismo, es necesario que desde las instituciones judiciales se diseñen e implementen políticas, estrategias y metodologías de comunicación frente a la ciudadanía y los medios de prensa, de forma tal que las instituciones públicas sean capaces de desarrollar sus propias líneas de comunicación, y transmitir a la ciudadanía la información de forma transparente, accesible y comprensible. El establecimiento de voceros y oficiales de prensa no sólo asegura la profesionalización de esta función, sino que contribuye a liberar a los operadores de justicia de estos menesteres ajenos a sus funciones. Estos cambios institucionales crean las condiciones para una mejor y más eficiente relación entre los medios de prensa y las autoridades judiciales, y contribuiría a erradicar determinadas malas prácticas.

❖ Para asegurar la comparecencia de la persona imputada o evitar el entorpecimiento de la investigación y tomar en cuenta las recomendaciones de la CIDH²⁸.

²⁸ [?] a) promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación, b) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen, c) obligación de presentarse ante el juez o ante la autoridad que él designe de forma periódica, d) prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine, e) retención de documentos de viaje, f) prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico, g) vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico, y h) arresto en su propio domicilio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELEDO PERROT, Diccionario Jurídico, Buenos Aires, 2007
- ANGULO ARANA, Pedro Miguel; La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal, Revista Gaceta Penal, julio, 2011.
- DEL RÍO LABARTE, Gonzalo. La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: Requisitos, Características y Marco general aplicable. Revista Actualidad Jurídica, Lima 2007.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y jurídicos. Jurista editores, Lima, 2008.
- GUERRERO SÁNCHEZ, Alex. Detención, comparecencia y arresto domiciliario en el nuevo Código Procesal Penal, Gaceta Penal, Lima, 2013.
- MAIER, Julio B J, Derecho Procesal Penal: Fundamentos. Tomo I, editorial del puerto, Buenos Aires, 1996.
- NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del nuevo Código Procesal Penal y Litigación Oral, editorial IDEMSA, 2010.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de las Medidas Cautelares, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- SALAS BETETA, Christian. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Gaceta Penal, Lima, 2013.
- ZAFFARONI, Raúl. El preso sin condena en América Latina y el Caribe, ILANUD, Costa Rica, 1983.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS INTERNET

- Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva de las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017.
- Informe del encuentro Interinstitucional: Análisis del informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, CERJUSC, 2014.
- La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?, Instituto de Defensa Legal, 2013.
- Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013.
- Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas, Informe presentado en el 146 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

ANEXOS

TÍTULO: “LA PRISIÓN PREVENTIVA: ¿MEDIDA CAUTELAR O ES UNA PENA ANTICIPADA? A PROPÓSITO DEL EXP. N° 00502-2018-HC/TC”			
PROBLEMA: Si la prisión preventiva es una medida cautelar o es una pena anticipada	OBJETIVOS: OBJETIVO GENERAL * 1. Determinar si en el Perú la prisión preventiva es una medida cautelar o una pena anticipada. OBJETIVOS ESPECÍFICOS * Si la prisión preventiva es una medida de uso excepcional en nuestra realidad * En qué grado factores extralegales afectan la decisión de los operadores de justicia. Cuáles son los argumentos que sustentan el peligro procesal.	HIPÓTESIS: HIPÓTESIS GENERAL * Si la prisión preventiva se aplica como medida cautelar o una pena anticipada. HIPÓTESIS ESPECÍFICA * Si se aplica la prisión preventiva de manera excepcional. * Los factores extralegales influyen en la decisión de los operadores de justicia. Argumentos que sustentan el peligro procesal. VARIABLE INDEPENDIENTE: * Aplicación de la prisión preventiva	METODOLOGÍA: TIPO DE INVESTIGACIÓN Estudio descriptivo-explicativo DISEÑO Investigación no experimental MUESTRA No probabilístico